



Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHR)

Newsletter CSDH No 18 du 13 novembre 2014
Domaine thématique Politique genre

Congé de paternité: il est admissible de défavoriser les pères

Arrêt 9C_810/2013 du Tribunal fédéral du 15 septembre 2014

de Irene Grohsmann (traduction de l'allemand)

Pertinence pratique

- Les pères sont défavorisés par rapport aux mères concernant la garde de leurs enfants directement après la naissance.
- Selon le Tribunal fédéral, cette situation est voulue par le législateur et peut se fonder sur des justifications biologiques.
- Seul le législateur peut entreprendre une modification de la réglementation en vigueur, c'est-à-dire introduire un congé parental pour le père et la mère.

Le 15 septembre 2014 (avec publication des considérants le 3 octobre 2014), le Tribunal fédéral (TF) a rejeté le recours d'un père qui réclamait un congé de paternité, respectivement une compensation financière pour un congé de six semaines qu'il a pris après la naissance de son fils.

Faits

Le 3 septembre 2012, quelques semaines après la naissance de son fils, le recourant a déposé une demande d'«indemnité parentale selon la LAPG» pour un «congé de paternité» de six semaines auprès de l'agence AVS de la ville de Berne. Par décision du 25 septembre 2012, la caisse de compensation du canton de Berne a dénié tout droit à l'allocation pour perte de gain et a rejeté l'opposition du père par décision du 28 janvier 2013. Le recours y relatif a été rejeté par le Tribunal administratif du canton de Berne par jugement du 17 octobre 2013.

Introduisant par la suite un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral, le recourant a demandé la levée de la décision attaquée, l'attribution d'une allocation pour perte de gain pour six semaines de congé paternité et le renvoi du dossier au Tribunal cantonal, respectivement à la caisse de compensation pour la détermination concrète de l'indemnité. Selon la conclusion du Tribunal fédéral, les pères sont certes défavorisés mais cette situation est voulue par le législateur et peut se fonder sur des justifications biologiques. Dans le contexte de [l'art. 190 Cst.](#), la réglementation en vigueur ne peut être modifiée que par le législateur.

Situation juridique actuelle en Suisse

L'institution de l'indemnité pour congé maternité qui permet aux mères de prendre un congé maternité payé existe en Suisse depuis le 1er janvier 2005. Ce congé doit en priorité permettre à la mère de se reposer et se distingue du congé parental, censé renforcer le lien social entre l'enfant et ses parents.

Un mandat constitutionnel visant l'introduction d'un congé maternité avait été inscrit en 1945 déjà à l'[art. 34 quinquies, al. 4, aCst.](#) ([art. 116, al. 3, Cst.](#) dès le 1er janvier 2000). Après l'adoption en 2002 de l'initiative parlementaire de Pierre Triponez ([01.426](#) - Révision de la loi sur les allocations pour perte de gain. Extension du champ d'application aux mères exerçant une activité lucrative), le corps électoral suisse a accepté par votation référendaire du 26 septembre 2004 la modification de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (Loi sur les allocations pour perte de gain, LAPG; [RS 834.1](#)) avec 55,4 % des voix (01.426 – Initiative parlementaire Révision de la loi sur les allocations pour perte de gain. Extension du champ d'application aux mères exerçant une activité lucrative. [Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national](#), 3 octobre 2002, FF 2002 6998; [documentation de l'Office fédéral des assurances sociales](#)).

Depuis, le congé maternité est inscrit à l'[art. 329f CO](#) et dans la loi sur les allocations pour perte de gain (LAPG). Selon les [art. 16b ss LAPG](#), toute femme obligatoirement assurée à l'AVS durant les 9 mois précédant l'accouchement, qui a exercé une activité lucrative au moins 5 mois au cours de cette période et qui est salariée (ou exerce une activité indépendante) à la date de l'accouchement, a droit à une indemnité journalière d'un montant de 80% de son dernier revenu (ou au maximum de 196 francs par jour). Le droit prend effet le jour de l'accouchement et s'éteint le 98e jour à partir du jour où il a été octroyé. Si la femme décède avant l'écoulement de ce délai ou reprend son activité lucrative, le droit prend fin avant ce terme.

Les pères n'ont pas de droit correspondant au congé maternité. La réglementation légale ne prévoit qu'un ou deux jours de congé payé, et ce, dans le cadre des «jours de congé usuels» de l'[art. 329, al. 3, CO](#). Les employeuses et employeurs privé-e-s sont libres d'accorder un congé paternité payé dans le cadre de leurs possibilités.

Congé maternité octroyé sur la base de réflexions biologiques et sociales

Le recourant a allégué devant le Tribunal fédéral que l'octroi d'un congé maternité payé repose tant sur des considérations biologiques que des réflexions sociales. Les 8 premières semaines du congé maternité (les «couches») seraient accordées pour des «raisons biologiques contraignantes» qui pourraient justifier une inégalité de traitement. En revanche, de la 9e à la 14e se-

maine, le droit au congé et à l'indemnité de la femme n'est plus accordé pour des raisons biologiques contraignantes, mais pour établir un lien avec l'enfant et donc pour des raisons sociales.

Selon le recourant, la réglementation du droit du travail délimite nettement ces deux parties: alors que l'[art. 35a, al. 3, de la loi sur le travail](#) (LTr) prévoit une interdiction de travailler de 8 semaines visant la protection de la santé des accouchées, chaque mère est libre de renoncer au reste du droit au congé dès la 9e semaine et de reprendre son activité lucrative, perdant ainsi son droit à l'indemnité ([art. 35a, al. 3, LTr](#) et [art. 16d LAPG](#)). Les raisons sociales pour lesquelles on accorde une indemnité de maternité après la 8e semaine sont également applicables aux pères. Dans la mesure où l'[art. 16b LAPG](#) n'accorde ce droit qu'à la femme, il repose sur des représentations sociales obsolètes remontant aux années 50 et se base de manière inadmissible sur le genre. En d'autres termes, le recourant a fait valoir que le congé maternité devient de fait dès la 9e semaine un congé parental et que l'octroi de ce dernier doit être neutre sous l'angle du genre.

Pour le recourant, le droit exclusif de la mère à un congé donnant droit à une indemnité après l'accouchement au sens de l'[art. 16b LAPG](#) contrevient au droit à l'égalité de traitement inscrit à l'[art. 8, al. 3, Cst.](#) ainsi qu'aux [art. 13, al. 1, Cst.](#) et [14 Cst.](#) (droit au respect de la vie privée et familiale, respectivement droit à la famille). En outre, la réglementation enfreint de manière discriminatoire le droit au respect de la vie privée et familiale de la Convention européenne des droits de l'homme CEDH ([art. 8](#) en relation avec l'[art. 14 CEDH](#)). Par conséquent, la préférence donnée au sexe féminin pour l'octroi d'une indemnité de congé maternité est contraire à la Constitution et à la CEDH.

Le droit constitutionnel à l'égalité formelle selon l'art. 8, al. 3, Cst.

Selon l'[art. 8, al. 3, Cst.](#), toutes les autorités étatiques sont tenues de traiter de manière égale la femme et l'homme et de veiller à l'égalité sociale des genres en sus de l'égalité juridique. Il en découle l'obligation étatique d'inscrire l'égalité de fait dans la réalité sociale ([ATF 125 I 21](#), consid. 3). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la femme et l'homme doivent être traités de manière égale dans tous les domaines, sans considération des conditions et représentations sociales. En principe, l'inscription dans la loi de différences basées sur le genre est inadmissible ([ATF 129 I 265](#), consid. 3.2). Est licite «un traitement différencié de l'homme et de la femme uniquement si des différences biologiques ou fonctionnelles dues au sexe excluent absolument une égalité de traitement» ([ATF 129 I 265](#), consid. 3.2 ; [ATF 126 I 1](#), consid. 2c ; [ATF 125 I 21](#), consid. 3a ; [ATF 123 I 56](#), consid. 2b ; [ATF 120 V 312](#), consid. 2a). En raison du droit à l'égalité de traitement inscrit à l'[art. 8, al. 3, Cst.](#), la répartition traditionnelle des rôles ne peut être invoquée comme justification à une différence de traitement ([ATF 129 I 265](#), consid. 3.3).

Applicabilité selon l'art. 190 Cst.

Au début des considérants, le Tribunal fédéral montre clairement que l'[art. 190 Cst.](#) l'oblige, ainsi que les autres autorités, à appliquer les lois fédérales et le droit international. Dès lors, ni le

contrôle abstrait, ni le contrôle concret des normes ne lui permettent de s'abstenir d'appliquer les lois fédérales. Il s'agit toutefois d'une obligation d'appliquer les lois et non d'une interdiction d'examen. Ainsi, il peut se justifier que le Tribunal fédéral vérifie la constitutionnalité d'une loi fédérale à titre préjudiciel. Mais celle-ci doit être appliquée même si elle est anticonstitutionnelle, et le Tribunal fédéral ne peut qu'inviter le législateur à modifier la disposition en question («décision incitative») (consid. 5).

Volonté du législateur de défavoriser les pères

Le Tribunal fédéral constate ensuite que le texte de l'[art. 16b LAPG](#) est clair et dépourvu d'ambiguïté. Les personnes qui ont droit à une indemnité de maternité sont les femmes (consid. 7.1). En matière d'interprétation historique, il ne suffit pas de s'en tenir à la genèse du mandat constitutionnel de 1945. En ce temps-là, la conception d'un congé parental pour les pères était certes étrangère aux représentations sociales, mais depuis, l'idée d'égalité a gagné en importance. Or, au cours de la reformulation du mandat constitutionnel de l'an 2000, le législateur n'a pas voulu élargir matériellement l'[art. 116 Cst.](#) en l'étendant aux pères.

Pour étayer cette interprétation, le Tribunal fédéral expose qu'en sus de diverses interventions parlementaires, deux propositions d'introduction d'un congé parental partiellement payé de 9 mois (initiative populaire «pour une protection efficace de la maternité», votation populaire du 2 décembre 1984, [FF 1980 I 825](#); [FF 1985 I 285](#)) ou d'un congé maternité pour les mères sans activité lucrative («loi fédérale sur l'assurance-maternité», votation populaire du 13 juin 1999, [FF 1998 V 4973](#), [FF 1999 6571](#)) ont été rejetées (consid. 7.2). Il n'est cependant pas facile de comprendre pourquoi le Tribunal fédéral interprète le rejet d'une indemnité maternité pour les mères sans activité lucrative comme un argument contre un congé paternité pour les pères (exerçant une activité lucrative ou non).

Enfin, il n'y pas eu de discussion sur une éventuelle extension du congé aux pères lors de l'introduction de l'assurance-maternité en 2005. Bien au contraire, il s'agissait de trouver une solution minimale réaliste, capable de rassembler une majorité politique (consid. 7.3.1). Les interventions parlementaires qui ont été déposées après 2005 ont toutes été rejetées, à l'exception du postulat Fetz [11.3432](#) («Congé parental et prévoyance familiale facultatifs», qui a donné lieu au [rapport du Conseil fédéral](#) sur le congé de paternité et congé parental. Voir [newsletter no 12 du CSDH](#), du 12 mars 2014).

Le congé pour motifs familiaux après la naissance de l'enfant défavorise les pères en raison de leur genre. Cette inégalité est toutefois consciemment voulue par le législateur (consid. 7.4).

Admissibilité des réglementations relatives au genre au regard de la Constitution fédérale

Selon le Tribunal fédéral, il faut donc vérifier si des motifs objectifs justifient de défavoriser les pères à raison du genre ou s'il s'agit d'une discrimination inadmissible. Selon la jurisprudence

du Tribunal fédéral, les réglementations fondées sur le genre ne sont licites que lorsque des différences biologiques contraignantes n'admettent aucun autre choix. Tel est indubitablement le cas pour les 8 premières semaines, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté par le recourant. Or le Tribunal fédéral omet de traiter l'argument principal du recourant selon lequel les 6 dernières semaines du congé maternité seraient accordées sur la base de considérations sociales et reposeraient ainsi sur une différence inadmissible fondée sur une répartition traditionnelle des rôles.

Bien plus, il se borne à renvoyer à un jugement de 1994 (arrêt du Tribunal fédéral du 11 février 1994 dans la cause X., BVR 1995, p. 109-116, p. 116) par lequel il avait rejeté le recours d'un père concernant sa demande de congé de paternité payé de 14 semaines. A l'époque, avant l'introduction de l'assurance-maternité fédérale, le Tribunal fédéral avait argumenté que donner au père la possibilité de se consacrer quelque temps en priorité à l'enfant pouvait contribuer sans aucun doute à lutter contre la conception traditionnelle des rôles. Une telle mesure était tout à fait appropriée pour favoriser l'égalité entre femme et homme dans la famille et au travail. Mais l'introduction d'une telle réglementation était l'affaire du législateur (cantonal). D'ailleurs, ce dernier disposait d'un certain pouvoir d'appréciation pour déterminer la durée du congé maternité; une durée de 14 semaines apparaissant habituelle par comparaison avec les différentes législations. Et le Tribunal fédéral avait laissé ouverte la question de savoir combien de temps le congé maternité peut durer pour être encore reconnu comme biologiquement justifié (consid. 9.1).

Le Tribunal fédéral parvient à la conclusion que le recourant ne peut tirer aucun droit à une indemnité de maternité de l'[art. 16b LAPG](#) (consid. 12).

Admissibilité des réglementations relatives au genre au regard de la CEDH

Le recourant avait en outre allégué que la réglementation suisse actuelle enfreint le droit au respect sans discrimination de la vie familiale (art. 8 en relation avec l'art. 14 CEDH) en renvoyant à l'arrêt [Markin contre Russie](#) du 22 mars 2012 (cf. [newsletter no 7 du CSDH](#) du 31 octobre 2012).

Dans l'arrêt de principe qu'elle avait rendu en 2012 dans le cas d'un soldat russe à qui un congé de paternité avait été refusé, la Cour européenne des droits de l'homme avait déterminé que les réglementations qui ont pour conséquence un traitement différent entre les femmes et les hommes ne doivent pas se baser sur des stéréotypes de genre. Les Etats qui prévoient un congé parental pour la garde de l'enfant doivent, contrairement au congé maternité, l'accorder aux deux parents aux mêmes conditions et leur pouvoir d'appréciation n'est plus aussi étendu que durant les années 90. En 1998, dans l'affaire [Petrovic contre Autriche](#), la Cour avait encore rejeté la requête d'un père tendant au versement d'une allocation de congé parental qui était réservé aux femmes (« Karenzurlaubsgeld »). Comme la majorité des Etats européens ne prévoyaient pas de congé parental payé pour les pères, il n'y avait selon elle aucun consensus européen restreignant le pouvoir d'appréciation de l'Autriche. Or la situation sociale et les ordres juridiques ont changé

dans la plupart des Etats européens. Ceux-ci accordent aujourd'hui autant aux femmes qu'aux hommes un congé de maternité, de paternité ou de parentalité payé tandis que les Etats qui ne prévoient qu'un congé maternité sont minoritaires ([Markin contre Russie](#), § 130-152).

Dans l'arrêt Markin, la Cour a en outre fait observer que pour ce qui est du congé parental, les hommes se trouvent dans une situation analogue à celle des femmes. Il faut distinguer entre la période après la naissance, durant laquelle la mère peut se reposer et se remettre de l'accouchement, et la période suivante qui permet aux deux parents de s'occuper de l'enfant et d'entamer une relation personnelle avec lui. Dans cette seconde phase, l'exclusion des pères fondée sur le genre ne peut plus se fonder sur des justifications biologiques. Bien au contraire, elle nécessite des motifs objectifs et raisonnables, qu'on ne peut justement plus tirer de la répartition des rôles fondée sur le genre ([Markin contre Russie](#), § 131/132).

Le Tribunal fédéral n'aborde malheureusement pas la question de la réglementation en vigueur en Suisse fondée sur le genre. Il s'appuie bien davantage sur les explications de la Cour européenne des droits de l'homme selon lesquelles les Etats qui prévoient un congé parental doivent l'accorder aux deux parents sans discrimination. Or, selon le Tribunal fédéral, le congé réglé par l'ordre juridique suisse visant à s'occuper de l'enfant directement après l'accouchement vise incontestablement à protéger la mère et n'est pas un congé parental, ce qui ressort non seulement de la volonté du législateur et de nombreuses interventions parlementaires qui tendent à introduire un congé parental, mais également de sa durée. En effet, le congé maternité suisse de 14 semaines correspond à la durée minimale de protection de la mère prescrite par l'UE ([directive 92/85/CEE](#), art. 8), alors que les congés parentaux dans tous les autres Etats européens durent nettement plus longtemps. L'art. 16b LAPG ne règle donc ni un congé de paternité ni un congé parental mais exclusivement le droit à l'indemnité de la mère après la naissance. Par conséquent, il faut exclure toute discrimination éventuelle au sens des art. 8 en relation avec l'art. 14 CEDH et l'arrêt Markin n'est d'aucune aide en l'espèce.

Evaluation

Il est regrettable que le Tribunal fédéral ne se soit pas confronté à l'aspect exclusivement biologique de la justification fondant le congé maternité de la 9e à la 14e semaine. Il s'agissait finalement de l'un des arguments principaux du recourant. Comme le prévoit l'[art. 190 Cst.](#), le Tribunal fédéral aurait eu ici la possibilité d'attirer l'attention du législateur sur la question. En outre, comme la Cour européenne des droits de l'homme a expressément fait référence à la répartition du congé postnatal en congé maternité et congé parental, il n'aurait pas dû adopter sans autre la justification purement biologique invoquée dans l'arrêt Markin. Dans ce sens, la motivation de l'arrêt du Tribunal fédéral par le simple renvoi à la celle de la décision de 1994 doit être qualifiée d'insuffisante.

En outre, le Conseil fédéral a publié un [rapport](#) sur le «congé de paternité et congé parental». La Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats (CSSS-E) souhaite

que le Conseil fédéral l'informe, début 2015, de sa stratégie relative à la politique familiale (cf. [communiqué de presse](#)). Il faudra discuter du fait que le Conseil fédéral dénie la priorité au congé de paternité ou congé parental pour mieux concilier vie familiale et vie professionnelle (cf. [newsletter no 12 du CSDH](#), du 12 mars 2014).

En lien avec la mise en œuvre de l'initiative populaire «contre l'immigration de masse», le Conseil fédéral pourrait peut-être plus tôt que prévu se saisir à nouveau de la question du congé de paternité. Selon le plan de mise en œuvre de l'initiative, le potentiel de main d'œuvre indigène devrait être mieux exploité afin que les ressources internes contribuent davantage à couvrir les besoins du marché du travail. L'amélioration de la conciliation entre vie familiale et vie professionnelle révèle un potentiel important (Confédération suisse, art. 121a Cst. (gestion de l'immigration) [plan de mise en oeuvre](#), 20 juin 2014, p. 21-23). Le contexte politique est donc favorable pour aborder en priorité la question du congé de paternité. Il faudra néanmoins attendre de voir comment le monde politique réagit à cet arrêt et si le recourant choisit de porter son cas à Strasbourg.

Documentation

- [Arrêt du Tribunal fédéral 9C_810/2013 du 15 septembre 2014 \(publication prévue\)](#)
- [Communiqué aux médias sur l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_810/2013 du 15 septembre 2014](#)
- [Congé de paternité et congé parental. Etat des lieux et présentation de divers modèles. Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Fetz \(11.3492\) du 6 juin 2011, 30 octobre 2013](#)
- [Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, Konstantin Markin contre Russie, application no. 30078/06, arrêt du 22 mars 2012](#)
- [Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, Petrovic contre Autriche, application no. 156/1996/775/976, arrêt du 27 mars 1998](#)
- [Vaterschaftsurlaub, what else? - Zum Schweizerischen Reformbedarf im Lichte der Markin Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte](#)

Contact

- [Christina Hausammann](#)

Comment citer cet article

Irene Grohsmann: Congé de paternité: il est admissible de défavoriser les pères.

Newsletter CSDH No 18 du 13 novembre 2014

http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/141113_GP_BGE_Vaterschaftsurlaub_fr.pdf